

A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECOLHIMENTO DO FGTS NAS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÕES IRREGULARES DE EMPREGADOS PÚBLICOS

JUIZ LUCIANO ATHAYDE CHAVES¹

1 – A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AOS EFEITOS DAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES REALIZADAS PELO PODER PÚBLICO

Em que pese ostentar a Constituição Federal, desde 05.10.88, o firme propósito do Estado brasileiro de implementar, efetivamente, novos princípios para a gestão da administração pública, dentre os quais o da acessibilidade a cargos e empregos públicos pela via exclusiva do concurso (art. 37, II), há que se reconhecer que o caminho a ser percorrido para essa implementação tem se mostrado árduo.

Não se trata de afirmar que a legislação constitucional em vigor é avançada demais para um povo em certos aspectos ainda preso culturalmente a um passado colonial, de sociedade estruturada por estamentos sociais monárquicos e onde a coisa pública sempre foi vista como instrumento de cooptação, distribuindo-se as funções públicas segundo o prestígio dinástico ou de acordo com as conveniências dos baronatos.

O Direito Constitucional moderno já não vê a carta política de uma nação apenas como o consectário de seus costumes e de suas tradições políticas e jurídicas. A constituição de um povo não é simplesmente uma ‘tradução’ para o vernáculo dos seus princípios, crenças e práticas. A moderna constituição é, sobretudo, uma estrutura de regras e princípios a reger o futuro de uma sociedade: é uma *constituição dirigente*, para usarmos a consagrada expressão de Canotilho.²

¹ Juiz do Trabalho da 21ª Região, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Professor de Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal da Paraíba.

² “Em obra clássica sobre o assunto, Canotilho aponta a grande problemática em se definirem os limites de uma constituição-dirigente, sendo núcleo principal de estudo ‘o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais’, implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social” (MORAES, 2000:38).

Por isso, consigna o constitucionalista português que mesmo as ditas normas constitucionais programáticas não são simples promessas políticas ou meros apelos ao legislador, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade (CANOTILHO, 2002:1162). O que dizer então da impositividade da regra do concurso como único meio constitucionalmente permitido para o preenchimento de cargos e empregos públicos efetivos?

Pois bem. Nada obstante a literalidade do disposto no mencionado art. 37, II, da Constituição Federal³, a recente história da administração pública brasileira, especialmente a que pôde ser captada pela Justiça do Trabalho, revela que a sua observância tem sido freqüentemente relevada, quando não simplesmente ignorado o princípio do concurso público.

Proliferaram-se pelo país as contratações perpetradas ao arrepio da Carta Republicana, estampando a arraigada prática da pessoalidade e da conveniência política, que tanto tem marcado a formação do Estado brasileiro. Pelas mais diversas regiões do país, viram-se entes da Federação continuando a contratar novos servidores sem a prévia realização de certame público.

O cenário, passados mais de 15 anos da promulgação da Constituição, é verdade, tem melhorado bastante, especialmente pela ação dos organismos de controle externo dos atos da administração pública, dentre os quais o Ministério Público, os tribunais de contas e o próprio Poder Judiciário, aspecto que tem contribuído para a rescisão dos contratos irregulares e a realização de concursos públicos.

E quanto àqueles que procuraram a Justiça do Trabalho em busca de indenização trabalhista relativamente a tais contratos declarados nulos? Eis o aspecto pragmaticamente central do problema.

O Texto Constitucional apenas declara que a não observância do princípio do concurso público implica em nulidade do ato e a punição da autoridade responsável (art. 37, § 2º, CF), nenhuma alusão fazendo quanto à natureza

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, também ao seguinte:

.....
II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

*dos efeitos da declaração de tal nulidade.*⁴

Encontrou-se, então, o Judiciário Trabalhista diante de um problema definido por Canotilho como ‘problema político-constitucional’, cuja solução demanda a chamada ‘aplicação judicial’ da constituição (CANOTILHO, 2002:22), que nada mais é que a fenomenologia da *justicialização da constituição*, momento em que os juízes e tribunais são chamados a interpretar a constituição, dando a determinado dispositivo constitucional o sentido pragmático que se harmonize aos valores de seu tempo.

A interpretação da nulidade prescrita no art. 37, § 2º da Constituição Federal se constitui, seguramente, uma das mais relevantes notas da jurisprudência trabalhista nos últimos anos.

Mas a formação dessa jurisprudência, a par dos desdobramentos de sua fixação, foi significativamente marcada pelas múltiplas interpretações dadas aos casos concretos pelos diversos Juízos e tribunais do trabalho, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho.

Duas correntes se mostraram dissonantes logo nos primeiros anos da nossa atual experiência constitucional. Uma primeira agasalhava a teoria clássica das nulidades do contrato de trabalho, segundo a qual a declaração da nulidade de um contrato de trabalho não poderia ostentar efeitos retroativos, porquanto não é possível restituir a energia já despendida pelo trabalhador.⁵ Para essa corrente, embora nulo o pacto laboral – já que firmado sem a prévia aprovação em concurso público –, fazia jus o trabalhador a todas as verbas decorrentes de uma rescisão sem justa causa, inclusive as indenizações legais.

Uma outra, no entanto, defendia desfecho diferente, considerando a força do contexto constitucional que prescrevia a nulidade. Para ela, a norma cogente do art. 37, § 2º, da Constituição, não poderia admitir a usual aplicação da teoria clássica, porquanto o interesse público se sobrepunha na espécie, a proteger o princípio da acessibilidade, embora que em detrimento das reparações legais próprias de uma rescisão trabalhista. Nesta hipótese, a solução do caso concreto apenas observaria o respeito ao pagamento da contraprestação pecuniária pelos serviços, que efetivamente não podem ser revertidos ao trabalhador, vedando a percepção de qualquer outra verba. Reconhecia-se, portanto, os efeitos ‘ex tunc’ da declaração da nulidade do pacto.

⁴ Neste sentido, assentou a 2ª Turma do STF (AGRAG 233.108-9, Rel. Min. Marco Aurélio, 01.06.99).

⁵ A esse respeito, consultar: GOMES, Orlando et alli, 1990:136-7.

Essa última interpretação, mais consentânea com os propósitos moralizadores desenhados pela Assembléia Constituinte para a administração pública, prevaleceu no âmbito no Tribunal Superior do Trabalho, como revela o seguinte precedente:

CONTRATO DE TRABALHO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. NULIDADE. EFEITOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CARACTERIZADO. VERBAS RESCISÓRIAS INDEVIDAS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A nulidade decorrente do não atendimento dos pressupostos previstos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal produz efeitos 'ex tunc'. Assim, o efeito primeiro da declaração de nulidade do contrato de trabalho, formalizado com pessoa jurídica de direito público fora dos parâmetros constitucionais é a inexistência do ato, por vício de forma, já que praticado sem o implemento dos requisitos que dispõem sobre a investidura em emprego ou cargo público.

2. A hipótese de contratação irregular para o exercício de emprego público tem estreita identificação com a figura do funcionário de fato, vinculada ao Direito Administrativo, ao qual é devido apenas o pagamento dos salários, pois, formalizada esta modalidade de prestação de serviços, não se tem por caracterizada a relação de emprego.

3. Sem a configuração do vínculo empregatício, em face do efeito 'ex tunc' da declaração de nulidade da contratação, só se reconhece o direito ao pagamento de salários pelos serviços prestados, nada sendo devido a título de verbas rescisórias. Assim sendo, transgride literalmente o texto do art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, decisão que declara a nulidade do contrato de trabalho pelo não cumprimento do requisito do concurso público e, mesmo assim, determina o pagamento de verbas rescisórias.

4. Embargos conhecidos e providos. (TST, ERR 92722/93, SBD1, Redator para o acórdão Min. Francisco Fausto).

A consolidação desse entendimento, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, resultou na edição, em 19.09.2000, do enunciado n. 363 de sua Súmula de Jurisprudência, com a seguinte redação:

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada (Resolução Administrativa n. 97/TST).

Através da Resolução nº 111, de 04.04.2002, resolveu o mesmo Tribunal Superior do Trabalho alterar a redação do referido verbete, apenas para destacar que o pagamento da contraprestação pactuada, admitido na espécie de contratação irregular, deve observar o número de horas trabalhadas e respeitar o valor do salário-mínimo/hora.

2 – DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE QUE GARANTIU A PERCEPÇÃO DE FGTS NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO NULA

Esse quadro não tardou a sofrer alteração. Com efeito, a Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.08.2001, ainda em vigor em razão do disposto na Emenda Constitucional n. 32/2001, perpetrou, em seu art. 9º, alteração na Lei de Regência do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei 8.036/90), acrescentando-lhe o art. 19-A, com a seguinte redação:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do caput, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002 (NR).

Inovou-se, dessa forma, o ordenamento jurídico para se fixar regra positiva e ampliadora de direitos devidos em caso de nulidade contratual, em confronto, assim, com a jurisprudência até então consolidada sobre a matéria.

Não se desconhece que a jurisprudência vinha até então admitindo, ainda que de maneira não uniformizada ou sumulada, a liberação ao trabalhador de depósitos do FGTS eventualmente recolhidos durante a vigência de contratos de trabalho irregulares mantidos pelo Poder Público⁶, hipótese de liberação que também

⁶ Neste sentido, o seguinte aresto: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA VINCULADA. CONTRATO DE TRABALHO NULO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Nos casos em que o contrato de trabalho foi declarado nulo judicialmente, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo do FGTS, ainda que tal hipótese não esteja expressa na Lei nº 8.036/90. 2. In casu, a admissão do trabalhador em cargo público sem a realização de concurso se configura de culpa recíproca, previsto no art. 20, I, da aludida lei, uma vez que a empregadora contratou o agravado de forma irregular e este anuiu a tal situação. 3. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido” (STJ, AGRESP 267858-GO, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 25.11.2002).

restou consignada na Lei 8.036/90 após a edição da mesma Medida Provisória 2.164-41.⁷

O advento da Medida Provisória, no entanto, fez eclodir, ato contínuo, uma nova orientação no âmbito da Justiça do Trabalho, mais especialmente no Tribunal Superior do Trabalho, que passou a admitir, pois, um segundo efeito quando da declaração de nulidade contratual. Além da contraprestação pactuada, passou a Alta Corte Trabalhista a considerar devidos, igualmente, os depósitos do FGTS, em observância ao que agora dispõe a Lei 8.036/90, pelo introduzido art. 19-A, a ponto de implementar nova alteração redacional ao texto do verbete n. 363 de sua Súmula, que, desde a publicação da Resolução n. 121 (DJU 19.11.2003), passou a ostentar a seguinte redação:

CONTRATO NULO. EFEITOS. NOVA REDAÇÃO. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (grifamos)

É plausível considerar que a mudança na jurisprudência consolidada do TST levou em conta a literalidade do disposto no art. 19-A da Lei 8.036/90, bem como as decisões proferidas durante todo o ano de 2003 pela Corte, onde se reconheceu a validade de tal dispositivo. Vejamos o que nos revela um dos precedentes:

AÇÃO RESCISÓRIA. NULIDADE DO CONTRATO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO. EFEITOS. SALDO DE SALÁRIOS, HORAS EXTRAS E FGTS.

A contratação de servidor público após a Constituição federal de 1988, ressentindo-se do requisito da prévia aprovação em concurso público para a investidura em emprego ou cargo público, encontra óbice no art. 37, II e § 2º, do atual Texto Constitucional, sendo nula de pleno direito, de sorte a não surtir nenhum efeito trabalhista.

Assim, a decisão rescindenda, ao determinado o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, 13º salário proporcional, FGTS com multa e multa do § 8º do art. 477 da CLT,

⁷ A nova redação do art. 20, inciso II, da Lei 8.036/90 passou então a prever a movimentação do contado FGTS também em caso de “declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A”.

contrariou frontalmente a norma do art. 37, § 2º da Constituição, com exceção do pagamento do equivalente aos salários – na forma pactuada e respeitando-se o mínimo legal – dos dias efetivamente trabalhados, como forma de ressarcimento de sua força de trabalho dispensada, além das horas extras e FGTS, pelo que se impõe a exclusão dos demais títulos. Em relação às horas extras, impõe-se a manutenção do decidido porque elas têm natureza contraprestativa do trabalho, cuja valorização jurídico-social acha-se consagrada no art. 1º, inciso IV, da Constituição, pelo que equivalem aos dias efetivamente trabalhados, devendo, no entanto, ser remuneradas de forma simples, em razão de o adicional se constituir um ‘plus’ salarial abrangido pela amplitude da nulidade.

A propósito do FGTS, não obstante a nulidade do contrato, os princípios constitucionais em que se funda a própria República Federal do Brasil, de respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, impuseram ao TST, ao editar o Enunciado 363, a conclusão de se garantir ao trabalhador públicos direitos mínimos que o colocassem a salvo da condição similar de escravo. Esses princípios, que levaram esta Corte a abrandar as implicações provenientes da nulidade do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública, certamente inspiraram a alteração imprimida à Lei 8.039/90 pelo art. 9º da MP 2.164-41/2001, infirmando assim eventual pecha de inconstitucionalidade. É bom salientar ainda que a proibição do efeito retrooperante remete ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, hipóteses indiscerníveis em relação à aplicação da medida provisória aos contratos findos. Além disso, não estando presentes nenhum dos obstáculos à incidência imediata da medida provisória, verifica-se do novo art. 19-A da Lei 8.036/90 ressalva de ser devido o depósito do FGTS quando mantido o direito ao salário. Dela se pode concluir pela aplicação ‘incontinenti’ da inovação aos processos em curso e, extensivamente, aos contratos de trabalho então findados, mesmo porque o são sabidamente de trato sucessivo, e o FGTS foi universalizado como regime jurídico único, conforme se infere do art. 7º, incisos I e III da Constituição. Mas se o FGTS incide sobre a contraprestação paga ou devida ao trabalhador público, carece ele do direito à multa de 40% sobre a conta vinculada. Isso não tanto por sujeitar aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho, ou pela constatação de o ‘caput’ do art. 19-A da Lei 8.036/90 não o ter assegurado, mas também por conta do disposto no parágrafo único da norma em pauta.

Recurso ordinário e remessa necessária parcialmente providos. (TST, SBDI II, RXOFROAR 47-2002-000-17-00, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, DJU 10.10.2003). (grifamos)

Com a necessária vênia, não estamos em total acordo com as conclusões da jurisprudência destacada, relativamente à constitucionalidade do disposto no art. 19-A, embora comungamos com a construção interpretativa delineada para justificar a posição do Judiciário em mitigar os absolutos efeitos da nulidade prevista na Constituição para o caso de contratação sem concurso público, garantindo-se apenas o pagamento da contraprestação pelo trabalho realizado.

3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A DA LEI 8.036/90. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PROPORCIONALIDADE

Para apresentar melhor nossa discordância, devemos ressaltar que a interpretação que se faz em torno dos efeitos da contratação irregular pelo Poder Público tem em mira a tensão entre o princípio do concurso público (art. 37, II, CF) e aqueles fundamentos descritos no art. 1º da Constituição Federal, especialmente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (incisos III e IV).

Logo, o que temos é a necessidade de encontrar a solução para o problema da constitucionalidade do art. 19-A contemplando pontual desequilíbrio ou, mais tecnicamente, o conflito de interesses constitucionais para o caso concreto, cuja solução pode ser encontrada através do uso da técnica da ponderação de princípios constitucionais.

Segundo Canotilho, a ponderação ou balanceamento para uma solução dos conflitos de bens constitucionais pressupõe a existência de duas normas jurídicas que não podem, devido às circunstâncias do caso concreto, realizar-se em toda sua potencialidade. De outro lado, *pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional* (CANOTILHO, 2000:1226).

Há, portanto, que se encontrar o meio de ponderar os princípios constitucionais que se revelam em desequilíbrio na hipótese de nulidade contratual prevista no art. 37, § 2º da Constituição. Nesse caso, ponderar os princípios em conflito *significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor* (CANOTILHO, 2000:1227).

A ponderação de interesses, assinala Daniel Sarmiento, só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois

princípios constitucionais incidentes num caso concreto. Assim, a primeira tarefa do intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Nesta tarefa, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Isto porque a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais (SARMENTO, 2003: 99-100).

Na hipótese de contratação nula, na forma do art. 37, § 2º da Carta Republicana, parece-nos indene de dúvidas que a consideração de seus efeitos, a par da evolução da jurisprudência, tem sofrido variação de acordo com a ponderação perpetrada entre os diversos princípios e regras constitucionais envolvidos. Mas, mesmo as regras constitucionais, abstratamente consideradas, e que eventualmente se revelam em conflito, numa dada situação, podem ser objeto da técnica da ponderação de interesses:

Em princípio, as regras jurídicas não são objeto de ponderação de interesses, pois as colisões entre elas são resolvidas através de critérios abstratos – hierárquico, cronológico e de especialidade -, de tal forma que a aplicação de uma exclui completamente a possibilidade de incidência da outra sobre o caso.

Cumpre observar, porém, que inúmeras regras constitucionais representam a concretização normativa de princípios, dos quais são materialmente dependentes. É possível que o princípio inspirador de determinada regra constitucional entre em tensão, num caso concreto, com outro princípio constitucional. Neste caso, a eventual não-aplicação do primeiro princípio, em decorrência da ponderação de interesses, levará também a não-incidência da regra que dele for um desdobramento (SARMENTO, 2003:106).

Pois bem. Para o exame da constitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, através do filtro da ponderação de interesses de princípios constitucionais que agasalhariam ou não a legitimidade de sua integração como efeito complementar à decretação da nulidade contratual, há que se observar a incidência de um elemento principiológico implícito em nosso tronco constitucional, qual seja, a regra ou princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição do excesso, hoje assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais no balanceamento concreto de direitos ou interesses em conflito (CANOTILHO, 2000:268).

Não se trata aqui de destacar todos os aspectos que cercam o princípio da proporcionalidade no panorama da ponderação de interesses. É suficiente sublinhar que a jurisdição constitucional moderna tem se utilizado largamente de tal princípio para, por exemplo, examinar a legitimidade de uma norma em face do arcabouço constitucional, contemplando se seus objetivos e alcance estão em justa medida com os propósitos da Constituição, expurgando-se aquilo que está em excesso.

Por tais razões é que consideramos que a obrigação de recolhimento de FGTS em contrato nulo extrapola o limite razoável de mitigação da nulidade constitucional estampada no art. 37, § 2º, da Constituição, eivando, assim, de ilegitimidade a regra acrescentada pela já citada Medida Provisória.

Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, urge sublinhar que a construção jurisprudencial reconhece, como efeito de um contrato nulo de pleno direito, o direito não tecnicamente a salário, mas sim à contraprestação pecuniária (correspondente, como critério objetivo, ao salário mínimo hora), a fim de resguardar os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, cuja observação, na vigência de uma matriz constitucional dirigente, se espalha sobre um rosário indefinido de possibilidades.⁸

Nesse diapasão, consideramos razoável a construção jurisprudencial estampada na redação anterior do Enunciado n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho, já que resguarda a contraprestação por um esforço do trabalhador que foi aproveitado pela administração pública e sem a possibilidade de devolução, que é fisicamente impossível.

Aliás, neste sentido tem sido a orientação da interpretação do Supremo Tribunal Federal para a nulidade de que trata o art. 37, § 2º da Carta Política. Considera a Corte Suprema o pagamento da contraprestação pelos serviços prestados pelo trabalho irregularmente admitido como o único efeito possível relativamente à nulidade prevista pelo texto constitucional. Eis um dos precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA TRABALHISTA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO EFETUADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO. RECEBIMENTO DO SALÁRIO COMO ÚNICO

⁸ A respeito do caráter multifacetado do princípio da dignidade da pessoa humana, registra Daniel Sarmento: “A essência do princípio em questão (da dignidade da pessoa humana) é difícil de ser capturada em palavras. Essa fluidez, porém, não diminui a importância do princípio, mas, antes, enriquece-o, possibilitando a sua incidência sobre uma infinidade de situações que dificilmente poderiam ser previstas de antemão pelo Constituinte” (SARMENTO, 2003:58).

EFEITO JURÍDICO VÁLIDO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. RECURSO IMPROVIDO. O empregado – embora admitido no serviço público, com fundamento em contraste individual de trabalho celebrado sem a observância do postulado constitucional do concurso público – tem direito público subjetivo à percepção da remuneração concernente ao período efetivamente trabalhado, sob pena de inaceitável enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes (STF AGRG 322.524-3-BA, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 19.12.2002).

Essa decisão estampa o julgamento de agravo regimental dirigido contra decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, donde extraímos o seguinte trecho:

(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de contratação para efeito de investidura em emprego público, celebrada após a vigência da Constituição de 1988 (Ag. 273.806-BA, v.g.) – não tem transigido em torno da necessidade da observância do princípio constitucional do concurso público (RTJ 132/61, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 149/419, Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 156/37, Rel. Min. Sydney Sanches – RTJ 161/831, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 1.230-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, v.g.). Impõe-se destacar, desde logo, que o postulado inscrito no art. 37, inciso II, do texto constitucional, enquanto cláusula concretizadora dos princípios da isonomia e da impessoalidade, traduz-se da exigência inafastável de prévia provação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, para investidura em cargo ou emprego públicos (...) De outro lado, e não obstante a parte recorrente houvesse sido contratada por entidade estatal, sem a necessária observância do princípio do concurso público, cabe reconhecer que a decisão emanada do Tribunal Superior do Trabalho – ao assegurar-lhe, como único efeito jurídico válido resultante do pacto celebrado, o direito à percepção do salário referente ao período efetivamente trabalhado – ajusta-se, por inteiro, ao entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (RE 262.904-PR, Rel. Min. Néri da Silveira). (grifamos)

Não se trata de reconhecimento ao pagamento do que, como vimos, denominado de salário, mas sim a uma reparação, de caráter indiscutivelmente indenizatório, pela impossibilidade de restituição da partes ao *statu quo ante* e também para que não se promova o enriquecimento sem causa do tomador desse serviço. Não é, assim, sinalágma contratual, porquanto nulo é o pacto. É comutatividade social, de fonte principiológica constitucional.

Não nos parece, assim, a par da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardar proporcionalidade a edição do dispositivo estampado no art. 19-A da Lei 8.036/90, a pretexto de corroborar com a dignidade do trabalho nos casos de nulidade do contrato de trabalho firmado com ente público de direito interno.

A Constituição Federal, ao estabelecer as regras e princípios da administração pública, enumera o postulado do concurso público como um verdadeiro vetor condicionante da atividade estatal (MORAES, 2000:315). Por isso, a rigidez do comando exposto no art. 37, II e seu § 2º.

Ora, como se pode observar, o comando constitucional dirige-se de forma direta e inequívoca no sentido de não emprestar validade e efeitos a uma investidura realizada sem a observância dos princípios e regras previstas na Carta da República para o ingresso no serviço público, sem prejuízo da responsabilização do agente público.⁹

Se, no caso, reconhecemos a tese da contraprestação *stricto sensu* (que tem, como sublinhamos, caráter indenizatório) como solução adequada, proporcional e razoável para equilibrar a dissolução de um contrato eivado de nulidade, temos que igualmente considerar que qualquer acréscimo legislativo que abone ou acrescente maior grau de contraprestação tende a tornar inócua a imposição constitucional, o que o torna, por consequência lógica, inconstitucional.

É dizer, não é possível admitir-se que a legislação infraconstitucional possa enumerar direitos devidos em face de um contrato que a Constituição Federal já prescreva como nulo. Isso é, com o devido respeito aos entendimentos contrários, ofensa direta ao texto constitucional.

A admitirmos a compatibilidade do art. 19-A da Lei 8.036/90 com o tronco constitucional, qual seria o impedimento para que, amanhã, o Congresso Nacional ou o Presidente da República (através de medidas provisórias) passem a aprovar, nos limites de suas competências, proposições que estabeleçam, para os contratos nulos, o pagamento de verbas rescisórias, contagem de tempo de serviço, enfim de

⁹ A responsabilização de agentes municipais que, por exemplo, perpetram contratação de pessoal sem a observância dos critérios legais, já encontra tipo penal estatuído no Decreto-Lei nº 201/67, precisamente em seu art. 1º, inciso XIII. Embora ainda rarefeitas as ações penais nesses casos, relativamente ao volume de contratos de trabalho judicialmente declarados nulos, já temos precedentes paradigmáticos, como revela o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. ART. 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A nomeação ou contratação de servidor público, pelo Prefeito Municipal, para cargo público isolado ou em carreira, com inobservância do disposto no art. 37, inciso II, da Lei Maior, pode constituir, em tese, o crime de que trata o inciso XIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67. Recurso conhecido e provido” (STJ, RE 113.316-PR, Rel. Min. José Arnaldo, DJU 09.06.1997).

todos os demais direitos que somente devem ser garantidos àqueles que, atentos aos princípios da moralidade e impessoalidade (art. 37, caput, CF), submeteram-se a certame público, após longos períodos de preparação? Isso é razoável? Estou convencido que não.

Conferir constitucionalidade ao inquinado dispositivo é o mesmo que rasgar a Carta Política, desprezando todo o esforço que vem fazendo a Nação na construção de uma administração pública mais proba e eficiente, quadro ainda distante nos mais diversos rincões desse país.

4 - CONCLUSÕES

A ponderação de interesses - que guarda a relação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV), em confronto com o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos (art. 37, II) -, justifica a construção jurisprudencial em relação ao alcance da nulidade estampada pelo art. 37, § 2º, da Constituição Federal, até o limite do reconhecimento do direito subjetivo do trabalhador, contratado ao arrepio das regras constitucionais, ao pagamento da contraprestação pelos serviços efetivamente prestados, porquanto se cuida de solução que atende, de forma razoável, a preservação do instituto do concurso público e a vedação ao trabalho sem remuneração.

De outra sorte, por não guardar razoabilidade com o tronco constitucional, na medida em que viola a excepcionalidade já sedimentada relativamente aos efeitos da nulidade contratual, consideramos inconstitucional a obrigação de recolhimento de FGTS nas hipóteses de contratação pelo Poder Público sem a observância da prévia aprovação em certame público de provas ou de provas e títulos, podendo a ilegitimidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória nº 2.164-41, ser inclusive declarada de forma incidental, no exercício do controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.